



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2015

Einstweiliger Rechtsschutz im schweizerischen Recht zwischen Optimierung und Standardisierung

Meier, Isaak ; Giudici, Camilla ; Hamburger, Carlo ; Müller, Nicola ; Scheiwiller, Sarah ; Schindler,
Riccarda

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-112399>

Book Section

Originally published at:

Meier, Isaak; Giudici, Camilla; Hamburger, Carlo; Müller, Nicola; Scheiwiller, Sarah; Schindler, Riccarda (2015). Einstweiliger Rechtsschutz im schweizerischen Recht zwischen Optimierung und Standardisierung. In: Uzunalli, Sevilay. Festschrift für Prof. Dr. Hakan Pekcanitez. Izmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 239-262.

EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ IM SCHWEIZERISCHEN RECHT ZWISCHEN OPTIMIERUNG UND STANDARDISIERUNG

Prof. Dr. Isaak MEIER*

unter Mitarbeit von Dott.ssa Camilla GIUDICI, MLaw /

MLaw Carlo HAMBURGER/BLaw Nicola MÜLLER /

MLaw Sarah SCHEIWILLER / MLaw Riccarda SCHINDLER

1. Allgemeines

1.1. Themastellung

Der vorliegende Beitrag, den der Verfasser dem hoch geschätzten Kollegen Hakan Pekcanitez widmet, hat den einstweiligen Rechtsschutz im schweizerischen Recht nach der neuen ZPO und dem SchKG zum Gegenstand. Besondere Beachtung finden dabei zwei Aspekte:

Der Verfasser hat in seiner Habilitationsschrift ein Modell eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes entwickelt, welcher auf der Gleichberechtigung von Gesuchsteller und Gesuchsgegner aufbaut und eine möglichst umfassende Abwehr des Schadens anstrebt, welcher den Parteien aus der Verfahrensdauer entstehen kann¹. Nach einer kurzen Skizzierung dieses Modells soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwiefern der

* Prof. Isaak Meier ist Lehrstuhlinhaber für Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht sowie Mediation an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und die Mitarbeitenden sind wissenschaftliche Assistierende an seinem Lehrstuhl

¹ Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 260 f.

einstweilige Rechtsschutz nach neuer ZPO und dem SchKG diesem Modell entspricht.

Ein weiteres Anliegen dieses Beitrages ist das bisher wenig untersuchte Phänomen des standardisierten einstweiligen Rechtsschutzes. Neben einem allgemeinen auf den Einzelfall anpassbaren einstweiligen Rechtsschutz kann der Gesetzgeber standardisierte und vereinfachte Formen vorsehen, in denen auf einzelne typische Voraussetzungen ganz verzichtet und/oder die Voraussetzungen auf eine bestimmte Art konkretisiert werden. Als extremes Beispiel hierfür ist der Besitzerschutz nach Art. 928 ZGB anzuführen, welcher im Kern eine Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes ist. Statt dem Glaubhaftmachen des Eigentums ist es zum Erlass einer Anordnung des Besitzerschutzes genügend, wenn der Besitz an der Sache erwiesen ist. Auf die typische Voraussetzung des einstweiligen Rechtsschutzes, dass ein erheblicher Nachteil droht, wird gänzlich verzichtet².

1.2. Prinzipien eines idealen auf den Einzelfall angepassten einstweiligen Rechtsschutzes

Der Verfasser hat in seiner Habilitationsschrift, wie gesagt, ein Modell eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes entwickelt, welches hier kurz skizziert werden soll.

Es gibt wohl kaum ein anderes prozessuales Institut, für dessen optimale Ausgestaltung so klare und überzeugende Vorgaben formuliert werden können als der einstweilige Rechtsschutz. Ausgangspunkt dieses Modells ist die Erkenntnis, dass die Rechtspositionen von Gesuchsteller und Gesuchsgegner als gleichwertig zu betrachten sind, solange noch nicht feststeht, welche Partei letztlich Recht bekommen wird. Geht man sodann von der Zielsetzung des einstweiligen Rechtsschutzes aus, nämlich den Schaden abzuwehren, der infolge der Prozessdauer entsteht, so ist seine Ausgestaltung praktisch vorgegeben:

Eine optimale Schadensabwehr, welche die Rechtspositionen beider Parteien als gleichwertig betrachtet, kann dann erreicht werden, wenn diejenige Rechtsposition vorläufig geschützt wird, für welche die

² Vgl. nachfolgend 5. Besitzerschutz.

Hauptsacheprognose (Prognose über den Ausgang des ordentlichen Prozesses) und die *Nachteilsprognose* (Sichtung der Gefährdungslage der Parteien mit bzw. ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme) insgesamt am ehesten sprechen³. Während die klagende Partei durch Erlass einer Massnahme geschützt wird, besteht der Rechtsschutz der beklagten Partei im Absehen vom Erlass einer Massnahme.

Die Optimierung der Schadensabwehr verlangt sodann, dass das Gericht grundsätzlich jede Massnahme, insbesondere auch die vorläufige Vollstreckung eines Anspruchs, in Betracht ziehen kann. Von mehreren Massnahmen ist diejenige auszuwählen, die bei Anwendung beider Prognosen den geringsten Schaden zu erwarten lässt. Im Weiteren muss die Massnahme möglichst flexibel an veränderte Umstände angepasst werden können⁴.

Schliesslich ist es notwendig, dass der einstweilige Rechtsschutz spätestens mit dem definitiven Rechtsschutz mit Wirkung ex tunc seit Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes dahinfällt, wenn er sich als ungerechtfertigt erweist. Damit verbunden ist, dass die zu Unrecht geschützte Partei schadenersatzpflichtig wird. Nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung beider Parteien ist dabei notwendig, dass die gesuchstellende Partei bei ungerechtfertigtem Erlass einer Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes und die Gegenpartei bei ungerechtfertigtem Absehen vom Erlass einer Anordnung nach denselben Grundsätzen haften⁵.

³ MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz für Geldforderungen nach neuem schweizerischem Recht im Vergleich zum griechischen Recht*, S. 215 ff, in: GEIMER/SCHÜTZE (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen*, Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 683-706; OBERHAMMER/DOMEJ/HASS (Hrsg.), *Schweizerische Zivilprozessordnung: Kurzkomentar-ZPO*, Basel 2014, KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, S. 38 f; VOGEL, *Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes*, Schweizerische Juristen-Zeitung: SJZ/RSJ = Revue suisse de jurisprudence, SJZ 76 (1980), S. 95 f.

⁴ MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz* (Fn 3), S. 256 ff.; in diesem Sinne auch KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 262 N 4, die von einer Geeignetheit in zeitlicher und sachlicher Hinsicht spricht.

⁵ MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz* (Fn 3), S. 258 ff.; vgl. hierzu auch nachfolgend 2.5. Schadenersatz und Sicherheitsleistung.

1.3. Standardisierter einstweiliger Rechtsschutz

1.3.1. Formen des standardisierten einstweiligen Rechtsschutzes

Der perfektionierte auf den Einzelfall anpassbare einstweilige Rechtsschutz kann vom Gesetzgeber und in beschränktem Umfange auch vom Gericht gestützt auf richterliche Rechtsschöpfung auf verschiedenste Weise standardisiert und vereinfacht werden. Die wichtigsten Varianten sind:

a. Standardisierung von Hauptsache- und/oder Gefährdungsprognose

Statt einer überzeugenden Hauptsacheprognose, welche auf einer umfassenden Würdigung der vorliegenden Beweismittel und der Rechtsanwendung beruht, kann der Gesetzgeber für den Erlass einer Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes bestimmte Umstände voraussetzen, welche ein gewichtiges Indiz für das Bestehen eines Anspruchs darstellen. Eine Konkretisierung der Hauptsacheprognose findet sich etwa in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG für den Arrest. Bei Wohnsitz des Schuldners im Ausland ist ein Arrest zu bewilligen, wenn für die Forderung eine Schuldanerkennung nach Art. 82 SchKG vorhanden ist.

Ein Beispiel für die Standardisierung der Gefährdungsprognose ist ebenfalls das Arrestrecht, welches statt einen allgemeinen Tatbestand der Gefährdung der Durchsetzung einer Forderung abschliessend einzelne Gefährdungstatbestände nennt (Art. 271 SchKG)⁶.

Die Abwägung von Gefährdungs- und/oder Hauptsacheprognose kann auch dadurch vereinfacht werden, indem der Gesetzgeber oder auch die Gerichtspraxis Grundsätze formuliert, wie die Abwägungen der Interessen in bestimmten Konstellationen vorzunehmen ist. Solche Grundsätze enthält die Bestimmung betreffend vorsorgliche Massnahmen gegen Massenmedien (Art. 266 ZPO). Eine vorsorgliche Massnahme darf nur erlassen werden, wenn die Verletzung einen besonders schweren Nachteil verursacht, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint (Art. 266 ZPO). Ein Beispiel für die

⁶ Vgl. nachfolgend 3.1. Voraussetzungen zum Erlass eines Arrestes.

Entwicklung von entsprechenden Regeln durch Lehre und Praxis ist etwa, dass für vorsorgliche Massnahmen mit geringem Gefährdungspotential keine strengen Anforderungen an das Glaubhaftmachen des Anspruchs zu verlangen sind⁷.

b. Verzicht auf Hauptsache- und/oder Gefährdungsprognose

Eine drastischere Vereinfachung als die gerade genannten Formen ist der vollständige Verzicht auf das Vorliegen einer überzeugenden Hauptsache- und/oder Gefährdungsprognose. Ein Beispiel hierfür ist, wie schon gesagt, der Besitzerschutz⁸. Die klagende Person hat lediglich darzulegen, dass der Besitz gefährdet ist, nicht jedoch, dass ihr hieraus ein wesentlicher Schaden droht. Ein Verzicht auf die Hauptsacheprognose findet sich in den Massnahmen, für welche Dieter Leipold den Begriff der offenen Eilentscheidung geprägt hat⁹.

c. Inhaltliche Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes

Statt der Zulassung jeder als geeignet erscheinenden Anordnung kann der Gesetzgeber den einstweiligen Rechtsschutz auf eine oder einzelne Anordnungen beschränken oder einzelne Anordnungen als unzulässig bezeichnen. Im schweizerischen Recht kann zum Beispiel die Leistung einer Geldzahlung als vorsorgliche Massnahme lediglich dann angeordnet werden, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht (Art. 262 lit. e ZPO).

⁷ Vgl. in diesem Sinne etwa GRUNDMANN, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen, Diss. 1995, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Basel 1996, S. 18; GÜNGERICH, Die Schutzschrift im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss., Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 2000, S. 123; HASENBÖHLER, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozess, BJM 1976, S. 35.

⁸ Vgl. nachfolgend 5. Besitzerschutz.

⁹ LEIPOLD, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, München 1971, S. 94 ff.; hierzu auch MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 191 ff.

d. Verzicht auf Abänderbarkeit bei geänderten Umständen

Eine Verfahrensvereinfachung kann sich auch daraus ergeben, dass der Gesetzgeber auf Abänderung und Aufhebung des einstweiligen Rechtsschutzes für die Dauer des Verfahrens bis zum definitiven Rechtsschutz verzichtet. Eine Standardisierung in diesem Sinne lässt sich wiederum im schweizerischen Arrestrecht finden. Der einmal erlassene Arrestbefehl ist grundsätzlich bis zum definitiven Rechtsschutz nicht mehr aufhebbar¹⁰.

e. Verzicht auf Dahinfallen des einstweiligen Rechtsschutzes ex tunc

Eine interessante Form des einstweiligen Rechtsschutzes ist schliesslich diejenige, bei der der Gesetzgeber von der rückwirkenden Aufhebung des einstweiligen Rechtsschutzes absieht. Die Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes schafft damit für die Dauer ihrer Geltung einen definitiven Rechtszustand. Damit ist auch ein Schadenersatz ausgeschlossen, wenn sich der Schadenersatz als ungerechtfertigt erweist. Ein Beispiel für diese vereinfachte Form des einstweiligen Rechtsschutzes sind die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren¹¹.

1.3.2. Gründe für eine Standardisierung des einstweiligen Rechtsschutzes

Die Gründe für eine Standardisierung des einstweiligen Rechtsschutzes werden später noch zu vertiefen sein. Hier sei jedoch bereits folgendes festgehalten:

Die Standardisierungen können dem berechtigten Anliegen entgegenkommen, die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz und das Verfahren zu vereinfachen und voraussehbarer zu gestalten. Gerade die Abwägungen, wie sie für die Gefährdungsprognose sowie die Kombination von Hauptsache- und Gefährdungsprognose notwendig sind, können extrem schwierig sein. So muss etwa das Gericht bei einer vorsorglichen Massnahme im Nachbarrecht entscheiden, ob die Interessen der

¹⁰ Vgl. nachfolgend 3.3. Abänderbarkeit.

¹¹ Vgl. hierzu 4.1. Überblick.

gesuchstellenden Partei auf Ruhe höher zu werten sind, als die Interessen der Nachbarn auf wirtschaftliche Nutzung des Grundstückes. Meines Erachtens(m.E.) ist es zur Handhabbarkeit des einstweiligen Rechtsschutzes unerlässlich, dass der Gesetzgeber und/oder die Gerichtspraxis für solche Abwägungen bei typischen Interessenlagen Richtlinien entwickeln, wie sie der Gesetzgeber in Art. 266 ZPO für vorsorgliche Massnahmen gegen Massenmedien erlassen hat¹².

Standardisierungen können sich mit der geschichtlichen Entwicklung der fraglichen Institute erklären lassen. So hat sich die starke Standardisierung des schweizerischen Arrestes nach Art. 271 ff. SchKG wohl aus der Entwicklung dieses Institutes seit der Entstehung des SchKG am Ende des 18ten Jahrhunderts ergeben¹³. Auch die Ausgestaltung des Besitzerschutzes geht ohne Zweifel auf alte Vorbilder zurück¹⁴.

2. Vorsorgliche Massnahmen

2.1. Voraussetzungen zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme¹⁵

Nach Art. 261Abs. 1 ZPO erlässt das Gericht eine vorsorgliche Massnahme, „wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass: a. ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist; und b. ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht“.

M.E. sind die in Art. 261 ZPO auf traditionelle Weise umschriebenen Voraussetzungen im Sinne des vorne dargelegten Modells zu verstehen. Das heisst bei der erstgenannten Voraussetzung, dass eine Verletzung vorliegt oder droht und deshalb ein Anspruch als glaubhaft erscheint, geht es genau

¹² Vgl. MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 233 ff.

¹³ Vgl. in diesem Sinne bereits BLUMENSTEIN, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 828.

¹⁴ MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 114 mit Hinweis auf den traditionellen Typus der Massnahmen zum Schutz einer geübten Rechtsposition; vgl. hierzu auch ERNST, Possessorischer Besitzschutz und eidgenössischer Zivilprozess, recht 2011, S. 101 f. m.w.H.

¹⁵ Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 261 f.

gesehen darum festzustellen, welche Chancen die gesuchstellende Partei hat, im Hauptsacheverfahren zu obsiegen (sog. «Hauptsacheprognose»). Die zweite Voraussetzung verlangt demgegenüber eine sog. «Nachteilsprognose». Das heisst, es ist nicht nur festzustellen, welche Nachteile der gesuchstellenden Partei drohen, falls keine Massnahme ergeht. Vielmehr ist ebenso - im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung – zu berücksichtigen, welche Nachteile der Gegenpartei entstehen können, wenn die erlassene Massnahme sich im Nachhinein als ungerechtfertigt erweist.

Eine Massnahme ist zum Schutz der gesuchstellenden Partei zu erlassen, wenn beide Prognosen insgesamt für diese Partei sprechen. Dies bedeutet etwa, dass eine Massnahme, welche die Gegenpartei in hohem Masse schädigt (zum Beispiel ein Verbot, ein wichtiges Produkt zu verkaufen), nur dann erlassen werden kann, wenn eine sehr gute Hauptsacheprognose zugunsten der gesuchstellenden Partei vorliegt¹⁶. Umgekehrt genügt unter Umständen bei einer Massnahme mit einem geringen Schädigungspotential (zum Beispiel ein Verfügungsverbot) schon eine relativ schwache Hauptsacheprognose¹⁷.

Dieses Konzept entspricht im Ergebnis auch weitgehend der herrschenden Meinung in Lehre und Praxis zum neuen und alten Recht. Währenddem unter dem alten Recht auch häufig die Begriffe der Hauptsache- und Nachteilsprognose statt Glaubhaftmachung und Gefährdung des Anspruchs (oder ähnlich) verwendet wurden¹⁸, werden sie

¹⁶ Dies entspricht denn auch der ganz herrschenden Meinung, vgl. BGE 131 III 473 E. 3.2; BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER, Art. 261 N 29; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 261 N 9; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 11.194; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht: unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, Zürich/Basel/Genf 2013, §22 N 13a.

¹⁷ Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 261 N 29.

¹⁸ GESSLER DIETER, Vorsorgliche Massnahmen bei strittigen Kaufverträgen, in: SCHLUEP/ISLER (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993, S. 294 f.; HOFSTETTER, Der einstweilige Rechtsschutz im Luzerner Zivilprozess, Veröffentlichung der überarbeiteten Fassung einer Seminararbeit vom vorangehenden Jahr, Zeitschrift des

allerdings bei der Auslegung des neuen Rechts nur noch von einzelnen Autoren genannt¹⁹. Trotzdem ist dieses Konzept, wie schon gesagt, unbestritten. Allgemein wird davon ausgegangen, dass für den Erlass einer Anordnung eine Interessenabwägung zwischen den Interessen von Gesuchsteller und Gesuchsgegner notwendig sei²⁰. Einzelne Autoren leiten dabei diese Abwägung aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ab²¹.

Präzisierend zur Hauptsacheprognose ist sodann festzuhalten, dass hierzu (selbstverständlich) die Sach- und Rechtslage einzubeziehen sind. Bei der Prüfung der Rechtslage geht es dabei nicht darum, dass das Gericht eine eigene Rechtsprüfung vornimmt. Vielmehr ist allein die Frage massgebend, welche Chancen bestehen, dass das Gericht im Hauptsacheverfahren so oder anders entscheidet. Für die Prognosen bzgl. des Sachverhaltes berücksichtigt das Gericht die Vorträge der Parteien und die eingebrachten und anbotenen Beweismittel, soweit diese nach Art. 254 ZPO zulässig sind.

2.2. Besondere Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen gegen Massenmedien

Für Massnahmen gegen Medien stellt Art. 266 ZPO besonders strenge Anforderungen. Eine vorsorgliche Massnahme darf nur erlassen werden,

Bernischen Juristenvereins - ZBJV 1983, S. 395 f.; SCHENKER, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zürich 1984, S. 68 ff.; VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, § 61 N 209 ff.; im Grundsatz auch STACH PATRICK A., Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und St. gallischem Zivilprozessrecht, Diss. St. Gallen 1991, S. 135.

¹⁹ KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 261 N 2, 9 und 10; GEHRI/KRAMER (Hrsg.), Navigator Kommentar ZPO, Freiburg 2010, ROHNER/WIGET, Art. 261 N 6 ff.

²⁰ BGE 131 III 473 E. 2.3; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 13a; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn 16), N 11.194; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 261 N 29.

²¹ SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2013, ZK ZPO-HUBER, Art. 261 N 23; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, N 1215; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 12; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 261 N 29;

wenn die Verletzung einen besonders schweren Nachteil verursacht, offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Massnahme nicht unverhältnismässig erscheint.

Hier gibt also das Gesetz für die Abwägung und Gewichtung der Ergebnisse von Hauptsache- und Nachteilsprognose gewisse Richtlinien vor. Insbesondere verlangt es, dass der Nachteil, welcher dem Medienunternehmen etwa bei einem Publikationsverbot droht, besonders hoch eingestuft wird. Entsprechend kann er nur aufgewogen werden, wenn der gesuchstellenden Partei ohne Erlass einer Massnahme ein besonders schwerer Nachteil droht.²²

Wie schon gesagt, sind solche gesetzliche Richtlinien für einzelne wichtigen Typen von vorsorglichen Massnahmen im Interesse der Rechtssicherheit und der Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidung an sich sehr zu begrüßen. Allerdings kann man sich fragen, ob gerade diese Regelung richtig ist. M.E. ist die in Art. 266 ZPO vorgesehene Erschwerung des einstweiligen Rechtsschutzes der betroffenen Einzelpersonen angesichts der zunehmenden Macht der Massenmedien mindestens aus heutiger Sicht fraglich.

2.3. Inhalt der vorsorglichen Massnahme²³

Art. 262 ZPO hält zunächst fest, eine vorsorgliche Massnahme könne „jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden“. Sodann werden in dieser Norm als Beispiele folgende Anordnungen erwähnt (lit. A-e): Verbote, Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes, Anweisung an eine Registerbehörde oder eine dritte Person, eine Sachleistung und schliesslich die Leistung einer Geldzahlung in den vom Gesetz bestimmten Fällen. Die Anordnungen können dabei, wie dies für den einstweiligen Rechtsschutz typisch ist, mit Vollstreckungsanordnungen verbunden werden (Art. 267 ZPO).

²² Code de procedure civile commenté CPC, Bâle 2011, BOHNET Art. 266 N 14; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 266 N 3; ZK ZPO-HUBER (Fn 21), Art. 266 N10; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 266 N 12 ff.

²³ Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch, S. 263.

Diese weite Umschreibung lässt grundsätzlich jegliche Art von vorsorglichen Massnahmen zu, was heute in Lehre und Praxis unbestritten ist²⁴. Allgemein werden in der Literatur zum neuen Recht die aus dem deutschen Recht stammenden drei Massnahmetypen, die Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsverfügungen genannt²⁵. Nach allgemeiner Ansicht gibt es auch für Leistungsmassnahmen grundsätzlich keine Grenzen. Das Gesetz erwähnt in Art. 262 lit. d ZPO als Beispiel die «Sachleistung»²⁶. Wie schon unter dem alten Recht vieler Kantone und der Praxis des Bundesgerichtes kommen heute folgende Leistungsmassnahmen in Frage: Vorläufige Erfüllung eines Liefervertrages (vgl. BGE 125 III 451), vorläufige Erfüllung eines Lizenzvertrages (BGE 133 III 360), vorläufige Suspendierung der geschäftsführenden Verwaltungsräte und vorläufige Aufhebung der Stimmrechtsaktien (ZR 80 [1981] Nr. 43), vorläufige Vollstreckung eines Aktionärbindungsvertrages durch Verpflichtung des Beklagten zur Wahl des Klägers als Verwaltungsrat (ZR 83 [1984] Nr. 53), Ausweisung aus der Mietwohnung (vgl. ZR 85 [1986] Nr. 38), einstweilige Durchsetzung eines Konkurrenzverbots (131 III 473), vorläufige Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers (Art. 10 Abs. 3 GlG; Beschlüsse des OGer ZH vom 30. September 2011, LA100034-O/U, S. 25), vorläufige Erfüllung eines Lizenzvertrages (BGE 133 III 360 E.9)²⁷.

²⁴ KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 262 N 1, 2, 5; LEUENBERGER/UFFERT-TOBLER (Fn 16), N 11.195; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 14; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 1208; Navigator Kommentar ZPO-ROHNER/WIGET (Fn 19), Art. 262 N 4.

²⁵ HAUSHEER/WALTER (Hrsg.) Schweizerische Zivilprozessordnung: Berner Kommentar (BK-ZPO), Band II, Art. 150-352 ZPO, Art. 400-406 ZPO, Bern 2012, GÜNGERICH, Art. 262 N 5 ff.; KuKo ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (Fn 3), Art. 262 N 5; LEUENBERGER/UFFERT-TOBLER (Fn 16), N 11.196; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 1209; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 14; Dike Kommentar ZPO-ZÜRCHER (Fn 16), Art. 262 N 2. Eine andere Unterteilung nimmt BERTI, Zeitschrift für schweizerisches Recht: ZSR: RDS = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer (ZSR) 1997 II, S. 180 vor.

²⁶ BK ZPO- GÜNGERICH (Fn25), Art. 262 N 39; ZK ZPO-HUBER (Fn 21), Art. 262 N 19 und 33; Navigator Kommentar ZPO-ROHNER/WIGET (Fn 19), Art. 262 N 8.

²⁷ Hierzu insb. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 19; ZK Kommentar ZPO-HUBER, Art. 262 N 19; MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz im

Nicht möglich ist hingegen die Verurteilung zur vorläufigen Zahlung eines Geldbetrages, obwohl der (verfassungsmässige) Grundsatz des effektiven einstweiligen Rechtsschutzes auch eine solche Massnahme ausnahmsweise verlangen würde²⁸. Mit der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 262 lit. e ZPO, wonach die Leistung einer Geldzahlung (nur) in den vom Gesetz bestimmten Fällen zulässig ist, hat der Gesetzgeber leider eine verfassungskonforme Auslegung verhindert.

2.4. Abänderung und Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen²⁹

Vorsorgliche Massnahmen fallen grundsätzlich mit Rechtskraft des Entscheides dahin. Wird die Klage im Hauptsacheverfahren gutgeheissen, löst der definitive Rechtsschutz den einstweiligen Rechtsschutz ab. Da die Vollstreckung des Urteils naturgemäss nicht sofort erfolgen kann, sieht Art. 268 Abs. 2 ZPO immerhin vor, dass das Gericht die Weitergeltung der vorsorglichen Massnahmen bis zur Vollstreckung anordnen kann.

Schon während des Verfahrens können vorsorgliche Massnahmen nachträglich geändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Umstände ändern und/oder die vorsorglichen Massnahmen sich sonst als ungerechtfertigt erweisen (Art. 268 Abs. 1 ZPO). Letzteres ist der Fall, wenn das Gericht zu einer anderen Beurteilung der Rechtslage und/oder des Sachverhaltes kommt. Obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt, ist gestützt auf das Gebot der Gleichbehandlung der Parteien anzunehmen, dass

Aktienrecht, S. 67 ff., in MEIER/RIEMER/WEIMER (Hrsg.), Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994.

²⁸ MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 96 und 276; vgl. auch VOGEL (Fn 535), S. 95. In der Literatur wird diese Einschränkung allerdings auch begrüsst: ZK ZPO-HUBER (Fn 21), Art. 262 N 22. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es im einstweiligen Rechtsschutz nichts Aussergewöhnliches ist, dass durch eine Anordnung ein irreversibler Zustand, wie hier die Unmöglichkeit der Rückleistung der vorläufigen Geldzahlung, geschaffen werden kann. Falls das Ergebnis der Abwägung von Hauptsache- und Nachteilsprognose hierfür sprechen, etwa wenn ein Arbeitnehmer dringend auf eine offensichtlich geschuldete Lohnzahlungen angewiesen ist, sollte m.E. auch die vorläufige Vollstreckung einer Geldforderung möglich sein. A.A. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 21, die in der Einschränkung die Verhinderung einer ungerechtfertigten Verschiebung des Insolvenzrisikos sehen.

²⁹ Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 265 f.

unter denselben Voraussetzungen auch eine vorhin abgewiesene vorsorgliche Massnahme erneut beantragt werden kann³⁰.

Trotz dieser erleichterten Abänderbarkeit ist es m.E. gerechtfertigt, die Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz als materiell rechtskräftig zu bezeichnen³¹.

2.5. Schadenersatz und Sicherheitsleistung³²

Im Hinblick auf das Schädigungspotential der vorsorglichen Massnahmen hat der Gesetzgeber, wie dies bisher schon im kantonalen Prozessrecht (z.B. § 226 ZPO ZH) und den bundesrechtlichen Normen über den einstweiligen Rechtsschutz im Privatrecht (insb. altArt. 28f ZGB) üblich war, eine sog. milde Kausalhaftung vorgesehen. Art. 264 Abs. 2 ZPO hat folgenden Wortlaut: *„Die gesuchstellende Partei haftet für den aus einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme erwachsenen Schaden. Beweist sie jedoch, dass sie ihr Gesuch in guten Treuen gestellt hat, so kann das Gericht die Ersatzpflicht herabsetzen oder gänzlich von ihr entbinden“*.

Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien müsste dieselbe Schadensregelung eigentlich auch gelten, wenn das Begehren um einstweiligen Rechtsschutz abgewiesen und damit die Rechtsposition des Gesuchsgegners geschützt wurde und diese Entscheidung sich später als ungerechtfertigt erweist. Angesichts des klaren Wortlautes dieser Bestimmung, ist eine solche Auslegung jedoch nicht möglich. M.E. müsste diese Bestimmung im Rahmen einer Gesetzesrevision entweder entsprechend abgeändert werden oder für beide Parteien auf die bestehende Haftungsregelung des Privatrechts verwiesen werden³³.

Falls ein Schaden zu befürchten ist, kann das Gericht die Anordnung der vorsorglichen Massnahme von der Leistung einer Sicherheit durch die

³⁰ A.A. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 43, §24 N 9; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 1244.

³¹ MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 266; gl. M. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (Fn 16), §22 N 43, §24 N 9; a.A. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (Fn 16), 11.211; SUTTER-SOMM (Fn 21), N 518, wobei in N 1244 «beschränkte Rechtskraftwirkung» zugestanden wird.

³² Siehe die entsprechenden Ausführungen in MEIER, Lehrbuch (Fn 1), S. 266.

³³ MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 258 ff.

gesuchstellende Partei abhängig machen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Desgleichen muss es auch nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien und ihrer Rechtspositionen möglich sein, vom Erlass einer vorsorglichen Massnahme abzusehen, falls die Gegenpartei eine Sicherheit leistet, was das Gesetz denn auch ausdrücklich in Art. 261 Abs. 2 ZPO festhält.

Die Sicherheitsleistung bietet im Hinblick auf mögliche Schadenersatzansprüche einen wirksamen Schutz vor der Insolvenz der verpflichteten Partei. Nach Lehre und Rechtsprechung wird an der Sicherheitsleistung ein Pfandrecht begründet, welches bei Pfändung oder Konkurs zu beachten ist³⁴.

2.6. Würdigung

Die vorsorgliche Massnahme nach Art. 261 ff. ZPO ist ein nahezu perfektes Institut des einstweiligen Rechtsschutzes, welches sich auf die besonderen Bedürfnissen des Einzelfalles anpassen lässt. Die vorne genannten Postulate eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes lassen sich weitgehend verwirklichen. Kleinere Defizite bestehen nur insofern, als die Anordnung von Geldzahlungen nur in den wenigen vom Gesetz genannten Fällen im Bereich des Familienrechtes möglich und die Kausalhaftung bei ungerechtfertigtem einstweiligem Rechtsschutz lediglich für den Gesuchsgegner vorgesehen ist. Nach dem verfassungsmässigen Gleichheitsgrundsatz müssten dieselben Haftungsregeln auch für die Gegenpartei gelten, falls das Gericht in ungerechtfertigter Weise vom Erlass einer Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes abgesehen hat.

Die Standardisierung und Konkretisierung der Interessenabwägung, wie sie Art. 266 ZPO für vorsorgliche Massnahmen gegen Medien vorsieht,

³⁴ Es liegt entweder ein Pfandrecht am Gegenstand oder ein Forderungspfandrecht analog Art. 900 ZGB vor, sofern es sich um eine Sicherheitsleistung in Geld handelt (vgl. hierzu HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II (BSK ZGB II), BAUER, Vorbemerkungen zu Art. 884-894, N 31); ZOBL, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilbd.: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilbd.: Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 2. Aufl., Bern 1982, Systematischer Teil Rz. 1238 ff., 1273; weitere Ausführungen zur prozessualen Sicherheitsleistung MAYER, Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft im Zivilprozess, Diss. Passau, Tübingen 2009).

sindbegrüssenswert. Sehr zu begrüßen ist auch, wenn die Rechtsprechung Grundsätze dafür entwickelt, wie die oft äusserst anspruchsvolle Abwägung der Interessen der Parteien in typischen Konstellationen vorzunehmen ist.

3. Arrest

3.1. Voraussetzungen zum Erlass eines Arrestes

Für Forderungen, welche noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind bzw. für welche kein Vollstreckungssurrogat wie etwa eine vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 347 ff. ZPO besteht, steht im schweizerischen Recht grundsätzlich lediglich der Arrest nach Art. 271 ff. SchKG zur Verfügung³⁵.

Die Voraussetzungen sind: Glaubhaftmachen von Anspruch, Arrestgrund und verarrestierbaren Vermögenswerten, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 SchKG).

Die letztgenannte Voraussetzung gehört dogmatisch gesehen eigentlich nicht zur Arrestbewilligung, sondern ist eine Modalität der Vollstreckung. Statt dass die Vollstreckungsbehörde von sich aus oder auf Antrag des Gläubigers das Arrestsubstrat bestimmt, hat im schweizerischen Recht bereits das Arrestgericht auf entsprechendes Vorbringen des Gläubigers hin die Vermögenswerte festzulegen. Dem Gläubiger obliegt es dabei die Vermögenswerte zu spezifizieren und glaubhaft zu machen, dass sie dem Schuldner gehören. In der Praxis bedeutet diese Voraussetzung eine wesentliche Erschwerung der Arrestlegung. Für die Verarrestierung eines Bankkontos, dem wohl häufigsten Arrestobjekt, muss der Gläubiger etwa nach der Praxis ein Dokument des Schuldners vorlegen, aus dem sich ergibt, dass er zur fraglichen Bank eine Bankbeziehung unterhält³⁶.

³⁵ Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen in MEIER/KOTRONIS, *Einstweiliger Rechtsschutz für Geldforderungen nach neuem schweizerischem Recht im Vergleich zum griechischen Recht*, in: GEIMER/SCHÜTZE (Hrsg.), *Recht ohne Grenzen*, Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 683-706, S. 688 ff.

³⁶ STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN (Hrsg.), *Basler Kommentar: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (BSK SchKG II)*, Basel 2010, STOFFEL, Art. 272 N 29.

Die Voraussetzung, dass der Bestand einer Forderung als glaubhaft erscheint (vgl. Art. 272 Abs. 1 SchKG)³⁷, ist die klassische im Einzelfall zu erstellende Hauptsacheprognose. Ein Teil der Lehre geht beim einstweiligen Rechtsschutz allgemein von einem flexiblen Beweismass aus. Dieser Ansicht nach sind an das Glaubhaftmachen etwa erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn die in Frage kommenden Massnahmen besonders einschneidend wären³⁸. Ein anderer Teil der Lehre spricht sich demgegenüber für ein standardisiertes Beweismass aus³⁹.

Die Arrestgründe entsprechen der Nachteilsprognose. Die Besonderheit des schweizerischen Rechts besteht dabei darin, dass das SchKG keinen allgemeinen Arrestgrund der Gefährdung der Forderungsvollstreckung, sondern lediglich die abschliessend aufgezählten Gefährdungstatbestände nach Art. 271 SchKG kennt⁴⁰. Für Forderung, für welche noch kein Vollstreckungstitel besteht, sind dies nach Art. 271 Abs. 1 SchKG:

- der Schuldner hat weder im Ausland noch in der Schweiz einen festen Wohnsitz (Ziff. 1);
- der Schuldner entzieht sich in betrügerischer Weise der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten (Ziff. 2);

³⁷ AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 2014, § 51 Rz. 4; HUNKELER (Hrsg.), Kurzkommentar: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz-SchKG, KuKo SchKG-MEIER-DIETERLE, Art. 272 N 13 ff.

³⁸ GRUNDMANN (Fn 7), S. 18; GÜNGERICH (Fn 7), S. 123; HASENBÖHLER (Fn 7), S. 35.

³⁹ BERGER-STEINER, Das Beweismass im Privatrecht, Diss., Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Bern 2008, N 06.46, 06.50 und 06.142 ff.; FRENKEL, Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug, unter besonderer Berücksichtigung der Arrestrevision 2011, Diss., Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Zürich 2012, S. 24 ff.; SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung (BSK ZPO), SPRECHER, Art. 261 N 66 f.; ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich : einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren, Diss., Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 110, Zürich 1998, S. 69 ff.

⁴⁰ Vgl. hierzu schon MEIER, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1983, S. 287 ff.

- der Schuldner befindet sich auf der Durchreise oder besucht hier eine Messe und bezahlt Hotelrechnungen oder andere ihrer Natur nach sofort zu erfüllende Verbindlichkeiten nicht (Ziff. 3);
- der Schuldner wohnt im Ausland und es sind zusätzliche Voraussetzungen (Bezug der Forderung zur Schweiz oder Vorliegen einer «Schuldanererkennung, worunter grundsätzlich jeder Vertrag zu verstehen ist»⁴¹ gegeben (Ziff.4)⁴².

Der letztgenannte Tatbestand ist allerdings kein eigentlicher Gefährdungstatbestand. Mit der Zulassung soll vielmehr sichergestellt werden, dass die in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte überhaupt in die Zwangsvollstreckung einbezogen werden können.

Der Arrestgrund nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG ist denn auch (neben dem hier nicht interessierenden Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels nach Ziff. 6) der weitaus wichtigste Arrestgrund. Die anderen Arrestgründe sind lediglich von geringer praktischer Bedeutung.

3.2. Inhalt und Wirkungen des Arrestes

Der Arrest besteht gegenüber allen Arten von Schuldnern, unabhängig davon, ob sie im Handelsregister eingetragen sind oder nicht, in der provisorischen Beschlagnahme von schuldnerischen Vermögenswerten im Umfang der Höhe der Arrestforderung. In Inhalt und Wirkung entspricht sie der provisorischen Pfändung (vgl. Art. 275 und 281 SchKG). Das heisst, unabhängig davon, ob die Schuldner später der Konkursbetreibung unterliegen werden oder nicht, wird quasi eine Einzelzwangsvollstreckung eingeleitet.

Eine wichtige Frage ist, ob und allenfalls welche Vorrechte der Arrest für den Arrestgläubiger gegenüber den anderen Gläubigern begründet.

Bei Schuldnern, welche der Konkursbetreibung unterliegen, bringt der Arrest gegenüber den anderen Gläubigern keinerlei Vorteile. Die Prosequierung des Arrestes gegenüber solchen Schuldnern mit Wohnsitz

⁴¹ Statt vieler AMONN/WALTHER (Fn 37), § 19 N 68 ff.

⁴² AMONN/WALTHER (Fn 37), § 51 N 16 ff.; KuKo SchKG-MEIER-DIETERLE (Fn 37), Art. 271 N 9 ff.; BSK SchKG-STOFFEL (Fn 36), Art. 271 N 76 ff.

bzw. Sitz in der Schweiz endigt grundsätzlich im Konkurs⁴³. Die Vermögenssicherung kommt somit letztlich allen Gläubigern zugute.

Unterliegen die Schuldner der Betreuung auf Pfändung, ist zu unterscheiden, ob für andere Gläubiger vor oder nach der Arrestlegung Pfändungen erfolgt sind oder erfolgen.

- Nach der Arrestlegung können die Arrestobjekte zugunsten von anderen Gläubigern gepfändet werden, sofern keine anderen Vermögenswerte vorhanden sind (vgl. Art. 95 Abs. 3 SchKG). Die Gläubiger bilden dabei mit dem Arrestgläubiger eine Gläubigergruppe (vgl. Art. 281 SchKG). Dies kann natürlich den Erlös für den Arrestgläubiger drastisch vermindern.
- Sind bereits alle Vermögenswerte gepfändet, können diese Vermögenswerte zwar zusätzlich verarrestiert werden. Der Arrestgläubiger geht jedoch den anderen Gläubigern grundsätzlich nach. Der Arrestgläubiger kann sich einer Pfändung lediglich anschliessen, wenn er innert der Anschlussfrist von Art. 110 Abs. 1 SchKG (30 Tage) das Fortsetzungsbegehren stellen kann.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass die Arrestlegung gegenüber späteren Pfändungen oder im nachfolgenden Konkurs dem Gläubiger keinerlei Vorrechte schafft. In der Einzelzwangsvollstreckung kann er immerhin an der Pfändungsgruppe teilnehmen, welche durch spätere Pfändungen gebildet und ausgelöst wird.

3.3. Abänderbarkeit

Der einmal erlassene und im Einsprache- bzw. Rechtsmittelverfahren bestätigte Arrest bleibt grundsätzlich bis zum Vorliegen einer Entscheidung in der Hauptsache unverändert bestehen. Wird die Forderungsklage des Gläubigers geschützt, wird die mit dem Arrest angeordnete, provisorische

⁴³ Im schweizerischen Recht kann gegen im Handelsregister eingetragene Personen grundsätzlich lediglich die Betreuung auf Konkurs durchgeführt werden. Hierzu mit Kritik an dieser Lösung MEIER, Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 2. Teil: Schuldnerschutz und Gläubigerkoordination, ZZP 2008, 469 ff.

Pfändung zur definitiven Pfändung; erweist sich die Forderung als nicht bestehend, fällt der Arrest dahin (Art. 280 Ziff. 3 SchKG).

3.4. Würdigung

Der Arrest nach schweizerischem Recht ist ein Beispiel für einen sehr stark standardisierten einstweiligen Rechtsschutz:

- Insbesondere existiert kein allgemeiner Gefährdungstatbestand, sondern es gibt lediglich abschliessend aufgezählte enge Gefährdungstatbestände. Dies führt dazu, dass noch nicht gerichtlich beurteilte Forderungen gegenüber Schuldern mit Wohnsitz in der Schweiz praktisch nicht gesichert werden können.
- Statt oder neben dem Glaubhaftmachen der Forderung sieht das Gesetz als Indiz für den Bestand der Forderungen das Vorliegen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels vor (vgl. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG).
- Der einstweilige Rechtsschutz für Geldforderungen kennt als Anordnung grundsätzlich nur die Beschlagnahme von Vermögenswerten in der Form der provisorischen Pfändung, welche kein Vorrecht gegenüber anderen Gläubigern schafft. Die Anordnung von Geldleistungen ist nach Art. 262 ZPO als vorsorgliche Massnahmen ausgeschlossen, falls hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht.
- Der einmal erlassene Arrestbefehl bleibt bis zum Vorliegen des definitiven Rechtsschutzes bestehen.

Wie schon an anderen Stellen gefordert⁴⁴, bedarf der Arrest bzw. der gesamte einstweilige Rechtsschutz für Geldforderungen im schweizerischen Recht, welche noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind, der Überprüfung. Zu erwägen ist vor allem die Einführung eines allgemeinen Arrestgrundes und die Einführung der Möglichkeit einer allgemeinen vorläufigen Vollstreckung von Geldforderungen.

⁴⁴ Siehe MEIER/KOTRONIS (Fn 35), S. 706; MEIER, Arrest, S. 437 und MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 287 f.

4. Einstweiliger Rechtsschutz im Ehescheidungsverfahren

4.1. Überblick

Art. 276 Abs. 1 ZPO statuiert für die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren: *„Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar“*.

Der Verweis auf die Eheschutzmassnahmen bedeutet zunächst einmal, dass die Massnahmen nach Art. 172 ff. ZGBauch im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme angeordnet werden können. Darüber hinaus sind nach allgemeiner Ansicht alle weiteren Anordnungen zulässig, welche als «nötig» erscheinen⁴⁵.

Keine völlige Klarheit besteht über die Voraussetzungen zum Erlass einer vorsorglichen Massnahmenach Art. 276 ZPO. Obwohl dies kaum ausdrücklich gesagt wird, dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die Massnahmen, welche zugleich Massnahmen des Eheschutzes nach Art. 172 ff. ZPO sind, auch nach diesen Voraussetzungen zu erlassen sind⁴⁶. Für die anderen Anordnungen gelten nach einzelnen Äusserungen in der Literatur in allerdings sehr eingeschränkter Form die allgemeinen Voraussetzungen zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen.⁴⁷ Insbesondere soll grundsätzlich keine Gefährdungsprognose notwendig sein.

Falls sich die Umstände geändert haben oder die Anordnungen sich sonst als ungerechtfertigt erweisen, können sie aufgehoben oder abgeändert werden (Art. 268 Abs. 1 ZPO). Anders als die allgemeinen vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO jedoch gleich wie die Eheschutzmassnahmen gilt die Rechtsänderung jedoch nicht ex tunc seit Erlass der Anordnung, sondern lediglich ex nunc seit Einreichung des Gesuchs um Abänderung oder Aufhebung⁴⁸. Entsprechend entfällt auch die

⁴⁵ BK ZPO- SPYCHER(Fn25), Art. 276 N 6 ff.; KuKo ZPO-VAN DE GRAF (Fn 3), Art. 276 N 4.

⁴⁶ Vgl. BK ZPO- SPYCHER(Fn25), Art. 276 N 13.

⁴⁷ BK ZPO- SPYCHER(Fn25), Art. 276 N 13.

⁴⁸ BK ZPO- SPYCHER (Fn25), Art. 276 N 28; KuKo ZPO-VAN DE GRAF (Fn 3), Art. 276 N 5.

Möglichkeit, für Massnahmen, welche sich später als unrichtig erweisen, Schadenersatz zu verlangen oder geleistete Zahlungen zurückzufordern

4.2. Würdigung

Die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 276 ZPO sind dogmatisch insofern interessant, als sie eine Mischung von Anordnungen des einstweiligen Rechtsschutzes und von materiellen Rechten zum Schutz von Ansprüchen aus dem Gemeinschaftsverhältnis der Ehe darstellen.

Das materielle Recht kennt für die Ehe, wie auch für andere Gemeinschaftsverhältnisse (z.B. Erbengemeinschaften und Gesellschaften) besondere Schutzrechte bei Gefährdungssituationen, die nicht auf der Prozessdauer gründen und entsprechend auch ausserhalb eines Hauptsacheverfahrens geltend gemacht werden können⁴⁹. Für die Ehe sind dies die Eheschutzmassnahmen nach Art. 172 ff. ZGB. Nach Anhebung eines Prozesses (insb.) auf Auflösung des Gemeinschaftsverhältnisses können diese Anordnungen mit dem einstweiligen Rechtsschutz in Konkurrenz treten⁵⁰.

Art. 276 ZPO löst dieses Problem damit, dass es den Anwendungsbereich der Eheschutzmassnahmen grundsätzlich auf die Dauer des Ehescheidungsprozesses ausdehnt. Bereits erlassene Eheschutzmassnahmen gelten bis zu einer allfälligen Abänderung oder Aufhebung weiter (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Neue Massnahmen werden vom Scheidungsgericht grundsätzlich nach denselben Grundsätzen wie die Eheschutzmassnahmen erlassen (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Die Besonderheit besteht lediglich darin, dass das Scheidungsgericht auch weitere Massnahmen erlassen kann.

Die Gleichstellung der vorsorglichen Massnahmen mit dem Eheschutz bedeutet auch, dass die Anordnungen nicht ex tunc, sondern lediglich ex nunc aufgehoben werden können. M.E. ist diese Form der Standardisierung und Vereinfachung des einstweiligen Rechtsschutzes zu begrüßen. Das rückwirkende Dahinfallen des einstweiligen Rechtsschutzes hätte zur Folge,

⁴⁹ MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz* (Fn 3), S. 64 f. und 67 ff.

⁵⁰ MEIER, *Einstweiliger Rechtsschutz* (Fn 3), S. 67 ff.

dass die später im definitiven Rechtsschutz erfolgreiche Partei allenfalls Unterhaltszahlungen zurückfordern und/oder Schadenersatz wegen anderen Anordnungen verlangen könnte. M.E. ist es sinnvoll mit dem Absehen von der Rückwirkung den Grund für solche wenig fruchtbaren Rechtsstreite schon gar nicht zu schaffen.

5. Besitzesschutz

Der Besitzesschutz gemäss Art. 927f.ZGB ist m.E. nichts anderes als eine besondere Form des einstweiligen Rechtsschutzes⁵¹. Der Besitzesschutz erfolgt stets unter dem Vorbehalt eines anderslautenden definitiven Entscheides über das bessere Recht. Ergibt es sich, dass der Störer ein besseres Recht hat, wird der zu Unrecht geschützte Besitzer schadenersatzpflichtig, d.h. die Besitzesschutzanordnung wird mit Wirkung ex tunc seit ihrer Anordnung aufgehoben⁵².

Der Besitzesschutz ist dabei eine stark standardisierte und vereinfachte Form des einstweiligen Rechtsschutzes. Auf eine Gefährdungsprognose wird gänzlich verzichtet⁵³. Die Hauptsacheprognose ist auf den Nachweis reduziert, dass der Gesuchsteller Besitzer der fraglichen Sache ist. Immerhin gestattet Art. 927 Abs. 2 ZGB dem Gesuchsgegner sofort den Nachweis des besseren Rechts zu erbringen und damit die Besitzesvermutung zu entkräften.

Anders als im allgemeinen einstweiligen Rechtsschutz ist der einstweilig geschützte Besitzer nicht gezwungen innert Frist, den definitiven Rechtsschutz betreffend das Recht einzuleiten.

⁵¹ BGE 94 II 348 (353); BGE 78 II 87 (88); MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 115 ff.; SCHÖBI, Der Besitzesschutz (Art. 926-929 ZGB), Diss. Bern 1987, S. 104. Für den Nachweis, dass sich an der diesbüglichen Auffassung des Bundesgerichts auch mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO nichts geändert hat, vgl. BSK ZGB II (Fn 34), ERNST, Art. 926-929 ZGB N 56 sowie KuKo ZGB-DOMEJ Art. 926 N 16, beide mit Hinweis auf Urteil BGer vom 28.2.2011, 5A_828/2010. Zum Teil wird darin aber auch ein ganz gewöhnlicher materieller Anspruch gesehen. So insb. KUMMER, Kritik zu BGE 94 II 348, ZBJV 106 (1970), S. 106 f., sowie ZOBL, Zum Verhältnis Besitzesschutz und Rechtsschutz, in: LIEBER/REHBERG/WALDER/WEGMANN (Hrsg.), Rechtsschutz, Festschrift für Guido von Castelberg zum 70. Geburtstag, Zürich 2007, S. 319.

⁵² MEIER, Einstweiliger Rechtsschutz (Fn 3), S. 77.

⁵³ Vgl. BSK ZGB II-ERNST, Vor Art. 926-929, N 44.

6. Ergebnisse

- 1.) Die neue schweizerische Zivilprozessordnung stellt für Realansprüche, d.h. Ansprüche, welche nicht auf Geld lauten, mit den vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 ff. ZPO einen nahezu perfekten einstweiligen Rechtsschutz zur Verfügung, welcher die vom Verfasser entwickelten Postulate eines optimalen einstweiligen Rechtsschutzes weitgehend erfüllt. Die Massnahmen ergehen nach einer auf den Einzelfall bezogenen Abwägung der Resultate der Hauptsache- und Nachteilsprognose. Grundsätzlich kann jede Anordnung, insbesondere auch die vorläufige Vollstreckung des Anspruchs angeordnet werden. Die Anordnungen können flexibel an veränderte Umstände angepasst werden; schliesslich fallen sie mit dem definitiven Rechtsschutz oder schon früher bei deren Abänderung oder Aufhebung rückwirkend dahin. Kritik bedarf lediglich die (milde) Kausalhaftung, welche lediglich die zu Unrecht geschützte gesuchstellende Partei, nicht jedoch die Gegenpartei trifft, falls die Massnahme zu Unrecht nicht erlassen wird.
- 2.) Der einstweilige Rechtsschutz für Geldforderungen, welche noch nicht gerichtlich beurteilt worden sind, weist demgegenüber erhebliche Defizite auf. Der Arrest als Hauptinstrument kann lediglich angeordnet werden, wenn einer der wenigen in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 - 4 aufgezählten Arrestgründe gegeben ist. Dies führt dazu, dass Forderungen gegenüber Personen mit Wohnsitz in der Schweiz während der Dauer des erstinstanzlichen Hauptsacheverfahrenspraktisch nicht gesichert werden können.
- 3.) Statt einem allgemeinen auf den Einzelfall anpassbaren einstweiligen Rechtsschutz, wie er in den Art. 261 ff. ZPO für Realansprüche verwirklicht ist, kann der Gesetzgeberstandardisierte und vereinfachte Formen vorsehen. So kann er etwa statt der Abwägung der Gefährdungslage der Parteien im Einzelfall konkrete Vorgaben formulieren oder auf die Gefährdungs- und/oder Hauptsacheprognose gänzlich verzichten. Möglich ist etwa auch, den einstweiligen Rechtsschutz bei

Vorliegen des definitiven Rechtsschutzes oder schon früher beigeänderten Umständen nicht rückwirkend, sondern lediglich mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben.

- 4.) Sehr zu begrüßen sind gesetzliche oder auch richterrechtlich geschöpfte Regeln, wie die Abwägung der Interessen der Parteien bei der Hauptsache - und Nachteilsprognose vorzunehmen sind. Ein Beispiel dafür enthält Art. 266 ZPO betreffend die vorsorglichen Massnahmen gegen Massenmedien. Solche Regeln helfen die oft extrem schwierigen Interessenabwägungen vorzunehmen und machen den Erlass einer Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes vorhersehbarer.
- 5.) Sinnvoll ist m.E. auch die Regelung, welche im Ehescheidungsprozess lediglich eine Aufhebung des einstweiligen Rechtsschutzes, falls er sich später als ungerechtfertigt erweist, mit Wirkung für die Zukunft vorsieht. Damit werden unfruchtbare Streitigkeiten über Rückforderung von Leistungen und Schadenersatz infolge ungerechtfertigten einstweiligen Rechtsschutzes vermieden.
- 6.) Problematisch ist ein stark standardisierter einstweiliger Rechtsschutz, wenn daneben kein effektiver allgemeiner Rechtsschutz zur Verfügung steht. Dies zeigt der Arrest nach schweizerischem Recht deutlich. Die eng formulierten Arrestgründe nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1-4 SchKG wären kein Problem, wenn zusätzlich ein allgemeiner Verfügungsgrund der Forderungsgefährdung vorhanden wäre. Der Besitzesschutz nach Art. 927f. ZGB steht zwar als Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes für Rechte am Eigentum ebenfalls nur in bestimmten Fällen, nämlich wenn der Gesuchsteller Besitz an der fraglichen Sache hat, zur Verfügung. Dies stört jedoch nicht, da daneben der allgemeine einstweilige Rechtsschutz für Realleistungen nach Art. 261 ff. ZPO zur Verfügung steht.